XVI.

Ueber die autonomische Verhaftung als Mittel der Verwirklichung eines obligationsmäßigen Anspruchs.

Von

Herrn Dr. T. Brackenhoeft,

Privatdocenten in Heidelberg.

§. 1.

Die Anwendung des Vollstreckungszwanges zur Verwirklichung des Zweckes einer Forderung setzt in der Regel eine richterliche Cognition über das Daseyn eines Verbindlichkeitsgrundes voraus, der dem obligirenden Akte die verbindende Kraft verleiht, und ein dessen Daseyn anerkennendes Resultat der Cognition, welches die Vertheidigung gegen den Anspruch auf jene Verwirklichung durch das Berufen auf den Mangel eines solchen Grundes, und damit auch eine weitere richterliche Cognition über dessen Daseyn ausschließt. Der Grund einer Verbindlichkeit muß entweder der dem verbindlichen Theile bereits gewordene oder obligatorisch gesicherte Empfang einer Gegenleistung, oder eine Bestimmung seines Willens zu einer Liberalität sein. Dem verbindenden Versprechen muß also die Absicht zum Grunde liegen, dem Empfänger desselben entweder eine Vergeltung, oder eine Bereicherung mit Aufopferung eigner Vermögenskraft zu sichern. Es gibt indeß Acte, die zur Herbeiführung jenes Vollstreckungszwanges geeignet sind, ohne daß es einer solchen Absicht bedarf. Dahin gehören einestheils die Delicte, die von dem Daseyn einer obligatorischen Verbindung unabhängigen Verletzungen. Ferner gehören dahin die Intercessionen für fremde Leistungen, mag nun eine Verbindlichkeit eines Dritten zu einer solchen Leistung bestehen, oder, wie es bei der processualischen cautio de rato der Fall

ist, nicht vorhanden sein. Der umfassendste Act dieser Art ist aber das prozessualische agere oder procedere, sofern er zu einer rechtskräftigen Verurtheilung führt, und nach römischem Rechte die ihr gleichstehende Entscheidung durch Eid. Für die Verhaftung des Verurtheilten ist das Dasein eines Verbindlichkeitsgrundes schlechthin gleichgiltig, eben so wie die Rechtmäßigkeit der sie begründenden Verurtheilung in Ansehung derselben gleichgiltig ist. Ein Verhältniß, für welches jenes oder dieses Moment gleichgiltig ist, kann ohne den Hinzutritt einer besondern Qualification beziehungsweise weder eine Verbindlichkeit noch ein Rechtsverhältniß sein. Denn sein Dasein ist von der allgemeinen Rechtsnorm unabhängig, wenn sie auch seine Verwirklichung dadurch vermittelt, daß sie dem auf dieselbe gerichteten Zwange gegenüber, die auf den Mangel ihrer Erfordernisse gestützte Vertheidigung ausschließt. Nur dadurch könntees zu einem Rechtsverhältnisse erhoben werden, daß seine Träger in einer ihnen ausschließlich eignen Rechtsgenossenschaft zu einander ständen, für welche es eine besondere, die Anwendung der allgemeinen aus dem Gesammtwillen entspringenden Rechtsnormen ausschließende Rechtsquelle gäbe, die dann nur in dem besondern Willen dieser Genossen bestehen könnte. Insofern ein solcher besonderer Wille einer besondern Genossenschaft unabhängig von den Normen eines sie beherrschenden Gesammtwillens einer allgemeineren Genossenschaft rechtsverbindende Kraft hat, ist er Autonomie. Er ist es auch, wenn er sich auf bestimmte Personen und Gegenstände beschränkt und die Anschauung, welche ihm zum Grunde liegt, demnach keine noch anzuwendende Regel erzeugt, sondern sofort in einem Verhältnisse verwirklicht wird. Von dieser Autonomie ist hier die Rede. — Insofern diese Genossen indeß in Ansehung des Gegenstandes ihrer Autonomie in einem entgegengesetzten Interesse stehen, kann sie nur durch die Unterwerfung des Willens des einen unter den des andern in's Dasein treten, oder auch durch eine gegenseitige Unterwerfnng in verschiedenen Beziehungen.

Die Verwirklichung dieser Unterwerfung setzt indeß eine Macht des Unterwerfenden voraus, sie, sei es nun eigenmächtig oder durch richterliche Hülfe, zu erzwingen; und die Eigenmacht kann, sofern die Genossen einem Gesammtwillen unterworfen sind, der eigenmächtige Rechtsverfolgung verbietet, nur dadurch begründet werden, daß dem Unterwerfenden eine Dispositionsmacht über einen Stoff eingeräumt wird, der sich zu einem Mittel jener Verwirklichung eignet. Eine solche Dispositionsmacht kann indeß der Unterworfene nur über einen ihm selber zuständigen Stoff gewähren; und insofern dieser Stoff dennoch unter der Herrschaft des Unterworfenen verbleibt, kann diese Gewährung nur durch eine Aufnahme des Unterwerfenden in diese Herrschaft ermittelt werden, die ihm seiner Stellung nach eine Oberherrschaft über denselben verleiht, welche die Folge hat, daß jede Disposition des Unterworfenen über diesen Stoff, die dem zur autonomischen Wirksamkeit erhobenen Sonderwillen des Unterwerfenden widerstreitet, als eine dessen Herrschaft verletzende Handlung gilt. Ohne Besitzeinräumung an einem Körper kann indeß ein solches Verhältniß nur vermittelt werden durch eine Reception des Unterwerfenden in einem ideellen Rechtsstoff, die eine Genossenschaft beider Theile in Ansehung desselben begründet und deren Modalitäten diesem Rechtsstoffe eine Gestaltung geben, welche die Begrenzung dieser Genossenschaft und die Befugnisse und Obliegenheiten der Genossen gegen einander feststellt.

§. 2.

Insofern diese Mittelstufe zwischen dem Untergange eines obligatorischen und der Entstehung eines aus demselben hervorgehenden dinglichen Rechtsverhältnisses lediglich Folge einer processualischen Entwickelung ist, verschwimmt sie in dieser, indem sie Dritten gegenüber erst wirksam wird, wenn sie in Beziehung auf einen bestimmten Gegenstand sich zu einem Pfandverhältnisse gestaltet. Vor dieser Gestaltung ist sie nur eine ideelle Grundlage für die Vollstreckung, welche die Ver-

wirklichung der Leistung von einer Willensbestimmung des Unterworfenen unabhängig macht. Ihr Dasein zeigt sich in der manus injectio pro judicato des ältesten römischen Processes, die dem Verurtheilten die Befähigung zur eignen Vertheidigung gegen dieselbe entzieht, und, sofern nicht ein vindex für ihn eintritt, die Realisirung des Verhältnisses ausschließlich in die Hände des Berechtigten legt; wenn auch die dazu dienende Verfügung über die physische Person des Verurtheilten einen Zuspruch des Richters voraussetzt. Eine Obligation des Verurtheilten zum judicatum facere, welche die römischen Juristen aus der Verurtheilung entspringen lassen, ist mit der manus injectio unvereinbar, und kann daher nur als das der actio judicati zum Grunde liegende Verhältniß gedacht werden. Indeß ist dadurch jene Mittelstufe keineswegs aus der processualischen Entwickelung ganz verdrängt, sondern nur zurückgeschoben. Sie findet sich nämlich in dem durch die Litiskontestation begründeten condemnari oportere. Es besteht diese keineswegs in einer Verbindlichkeit des Beklagten zu einer Leistung, sondern in dem Verluste der Befugniß desselben sich der Kondemnation willkürlich zu entziehen. Vor der Litiskontestation, und dem Klagerechte seines Gegners gegenüber, hat er die freie Wahl, ob er seine Güter der missio und deren Folgen preisgeben, oder durch die Defension vermittelst der Litiskontestation abwenden will. Die Defension an und für sich selber und dem Gegner gegenüber ist keine Nothwendigkeit, sondern nur eine Befugniß; sie wird nur für den vom Beklagten frei gewählten Zweck für diesen, bloß relativ, eine Nothwendigkeit [1]. Sie ist ein Mittel für ihn, das Klagerecht seines Gegners zu vernichten und ihn in die Nothwen-

---

1) Die denn im einzelnen Falle nach römischem Rechte durch bloße in jus vocatio begründet wird: m. Auff. in Sell's Jahrb. f. gesch. Rechtsw. II. H. 2. S. 316 ff. H. 3. S. 389 ff. §. 4 ff. Ueber das defendere als Pflicht: L. 6. §. 3. D. quod cujusc. univ. nom. 3. 4. L. 49. pr. D. ad Sct. Treb., ferner: L. 71. §. 2. D. de leg. I. L. 73. D. de proc: 3. 3. L. 7. pr.. D. de aqua et aq. pluv. 39. 3. L. 2. C.

digkeit zu versetzen, die Verwirklichung des Zweckes desselben von einem besondern Willen einer ihnen eigenthümlichen, in dem Proceßverhältnisse konstituirten Sondergenossenschaft abhängig zu machen, sofern er dieselbe durch eine Reception des Trägers dieses Willens in einen Rechtsstoff ermöglicht und sich diesem Willen unterwirft. Eine Reception in einen reellen Rechtsstoff fehlt hier indeß, so daß zur Verwirklichung dieser Genossenschaft ein ideeller Rechtsstoff auffindbar sein muß. Das Auffinden desselben erfordert aber die Darlegung der praktischen Bedeutung anderer Verhältnisse, die hier störend wirken würde. Einstweilen wird er als das Vermögen bezeichnet. Der Träger des herrschenden genossenschaftlichen Willens, der in der Verurtheilung ausgesprochen wird, ist der Kläger; wiewohl sein Urheber allerdings der Richter, aber in Folge der von dem Kläger und dem Beklagten begründeten Genossenschaft ist. Der Kläger ist es also, welcher durch die Litiskontestation in das Vermögen des Beklagten recipirt wird, eine Reception die der reellen Zahlung gleich auf sein Forderungsrecht einwirkt; [1]) eine Folge, die auch dann nicht wegfällt, wenn durch eine Absolution des Beklagten die Reception, wiederum aufgehoben wird. Dieselbe bewirkt eine Verwechselung der ursprünglichen Substanz der Forderung, der geschuldeten Leistung, mit einem ideellen Rechtsstoffe, den der Kläger einseitig zu realisiren befugt ist [2]), bis die Beschränkung desselben auf den Gebrauch einer judicati actio ihm durch die Verurtheilung eine zweite Verwechselung desselben gegen eine Forderung aufnöthigt. — Jene Reception wird nunmehr eine intermistische, auf die Dauer des Streits beschränkte und nur zur Vermittlung seiner Wirkungen dienende; und im judicio

de hered: v. act. vend: 4. 39. und über dasselbe als Befugniß: L. 35. §. 9. L. 39. pr. D. de proc: 3. 3. L. 5. §. 7. D. judic. solvi 46. 8.

1) M. Identität und Connexität d. Rechtsverh. S. 142—144. Not. 18 u. das. Cit.

2) Sowohl in seiner ersten Stufe durch Erwirkung der condemtio, als in seiner zweiten durch manus injectio.

quod imperio continetur geht sie verloren, wenn auch ihre Wirkung durch das imperium des Magistrats ersetzt wird. — Die Litiskontestation erscheint hier als ein bloßes pactum, dem zwar nicht die autonomische Natur, wohl aber die zur selbstständigen autonomischen Wirksamkeit erforderliche Verwirklichung in einem Rechtsstoffe fehlt, und dessen Wirksamkeit daher allein durch die Amtsgewalt des Magistrats getragen wird. Immer bleibt aber der Sonderwille der Partheien der Grund der Unabhängigkeit der Geltung der Verurtheilung von ihrer Richtigkeit nach allgemeinen Rechtsnormen, oder von ihrer Gerechtigkeit; und wenn auch der Urheber der Verurtheilung als der Schöpfer des Inhalts eines fremden Sonderwillens, der nur auf Verwirklichung der Gerechtigkeit gerichtet sein darf, nämlich des autonomischen Sonderwillens der Prozeßgenossen, seinen eignen Sonderwillen nicht durch Anwendung anderer durch diesen erwählter subjektiver Normen an dessen Stelle setzen kann [1]; so ist es doch gleichgiltig, ob die Anwendung jener allgemeinen Normen in dem Resultate seiner Thätigkeit in der That verwirklicht ist oder nicht. Dieses Resultat ist also immer autonomisch.

§. 3.

Ueberall, wo für die Erzwingbarkeit der Verwirklichung eines Verhältnisses die Frage: ob dieses Verhältniß in der That ein Produkt der allgemeinen Rechtsnormen sei?, gleichgiltig ist, kann dieselbe eine rechtliche Grundlage nur in der Autonomie finden. Wo, wie im Processe, die allgemeine Rechtsnorm die autonomische Unterwerfung gebietet, da ist freilich die Möglichkeit gegeben, die Gleichgiltigkeit jener Frage als eine unmittelbare Folge jener Rechtsnorm zu betrachten, und die Verdunkelung der vermittelnden Autonomie ist hier von geringerer Bedeutung, als in anderen Fällen. Fälle anderer Art finden sich im heutigen Prozesse da, wo

---

1) Indem er dann contra jus in thesi sprechen würde.

eine urkundliche Anerkennung den Executivprozeß oder den unbedingten Mandatsprozeß wegen Forderungen begründet. Findet man hier den Rechtsgrund nur in der durch die allgemeine Proceßnorm begründeten Proceßart, so erscheint diese als ein rein willkürliches Produkt, und es fehlt an einem Grundbegriffe, der ihre (der Proceßart) richtige Anwendung sichert, wovon die Folgen in der heutigen Verbildung des Executivprozesses sichtbar sind. Während sein ursprünglicher Grund eben die Autonomie ist, besteht der heutige Grund desselben in der Liquidität. Endlich gehört hierher das Kreditpapier oder Werthpapier, welches seiner wahren Bedeutung nach autonomisches Geld, der gangbaren doctrinellen Auffassung nach dahingegen eine Beweisurkunde über eine Forderung ist. [1]) Und wenn auch beim Wechsel die Wirkungen dieser Bedeutung in den regelmäßigen Fällen durch die allgemeinen Rechtsnormen über das Wechselgeschäft gesichert werden, so entzieht die Verdunkelung der zum Grunde liegenden Autonomie ihnen doch ihre innere Begründung, und wo es an ausdrücklichen und klaren Aussprüchen derselben fehlt, wie z. B. über das Indossament nach dem Verfalltage, da herrscht Ungewißheit, Verschiedenheit der Ansichten und Abweichung derselben von der Natur der Sache. Es werden in der Doctrin und der Rechtspflege nur zwei Begriffe zur Geltung gebracht, der des Forderungsrechts und der des Beweisgrundes. Die allein durch den Sonderwillen begründete Verhaftung tritt nur in der Anschauung der Verkehrtreibenden hervor; wenn auch das Moment, welches seine rechtliche Wirksamkeit vermittelt, ihr nicht erkennbar wird. Der heutige Verkehr ist der Wissenschaft vorausgeeilt, und hat sich ein Mittel geschaffen, welches, wenn auch in anderer Gestalt, dem römischen Rechtsleben keineswegs fremd ist, aber in den geltenden Quellen des römischen Rechts nur vereinzelt oder modificirt sich erhalten hat. Es ist hier großentheils durch den Begriff der

---

1) Ueber die verschiedenen Auffassungen der Bedeutung solcher Urkunden: unten §. 18. 21.

Verbindlichkeit und des Schuldverhältnisses verdrängt, der einer scharfen Begränzung bedarf, um seine Verschiedenheit von dem der Verhaftung zu erkennen. Und um diese Verschiedenheit zu beglaubigen, wird es einer Berücksichtigung der römischen Institute bedürfen, in denen der Begriff der Verhaftung, die ihrem Effecte nach sich zu einer Verbürgung für einen gewissen Erfolg gestaltet, eben so wie in der Anschauung des heutigen Verkehrslebens sich findet, um so mehr, als die Wissenschaft eben durch die Mangelhaftigkeit ihrer Auffassung der römischen Institute verhindert erscheint, sich dieser Anschauung des heutigen Verkehrs zu nähern. — Die allgemeine Norm, daß jeder einem, der allgemeinen Rechtsnorm entsprechenden, gerichtlich wider ihn erhobenen Anspruche auf eine Leistung gegenüber, für den Fall, daß er nicht durch Vornahme der Leistung sich von dem Klagezwange liberire, zur autonomischen Unterwerfung unter den Richterspruch gehalten sei, constituirt schon eine solche verbürgende Haftung eines jeden in Ansehung aller Schulden, die durch Vermittlung dieser Autonomie ihm gegenüber zur richterlichen Anerkennung gebracht werden mögen. Denn diese Verhaftung ist von dem wirklichen Daseyn jenes Anspruches unabhängig. Sie, die allgemeine Defensionspflicht, bildet den Schlußstein des Schuldverhältnisses. Sie wird vermöge freiwilliger Autonomie unabhängig von einem Schuldverhältnisse begründet, wenn sie einem Anspruche gegenüber übernommen wird, der durch die allgemeine Rechtsnorm seine Begründung nicht zu finden vermag. Ihre autonomische Begründung kann indeß, abgesehen von der Vermittlung durch richteramtliches imperium, nur durch Reception in einen Rechtsstoff rechtlich verbindende Kraft erlangen, die indeß vermöge der mit ihr verbundenen Defensionsbefugniß nur eine eventuelle seyn kann, wie sie sich z. B. bei der Hypothek findet.

§. 4.

Verschieden von der Verhaftung **wegen** der Verwirklichung eines obligatorischen Anspruches ist die Obligation

selber. Verschieden von dem Rechtsstoffe, auf dem jene Verhaftung ruht, ist die Leistung, die zur Auflösung der Obligation erforderlich ist. Die Obligation ist das nach den Erfordernissen der allgemeinen Rechtsnormen begründete Rechtsband zwischen zwei verschiedenen Persönlichkeiten. Jene Leistung ist ihre Substanz [1]). Jenes Band ist das Mittel, die in der rechtlichen Persönlichkeit gegebene Erwerbsbefugniß des Berechtigten in Ansehung des Gegenstandes dieser Substanz bis zu ihrer ersten Stufe zu verwirklichen. Es beschränkt die mit der rechtlichen Persönlichkeit gegebene Befugniß des Obligirten, seine vermögensrechtliche erlaubte Thätigkeit willkürlich zu eignen Zwecken zu bestimmen, auf die Befugniß, jenes Band durch einen jene Leistung bewirkenden Willensact aufzulösen. [2]) Durch jenes Band sind beide Persönlichkeiten mit einander zur weitern Entwicklung der Verwirklichung jener Erwerbsbefugniß contrahirt [3]), so daß jene erste Stufe derselben nur die Einleitung eines Verfahrens zur weitern Ausführung derselben bildet. Als Seitenstück zu dem prozessualischen Verfahren, welches an seine Stelle treten kann, wenn der Obligirte sich jener Beschränkung nicht freiwillig unterwirft, stellt es sich als ein voluntaires Litigiren [4]) oder beziehungsweise Litemcontestiren dar. Daß auch ein Dritter, oder ein Gegenstand, ohne selber con-

---

1) Pr. I. de obligat. 3. 13. (14). L. 3 pr. D. de O et A 44. 7. Den Gegenstand der Leistung (corpus aliquod) sich zu eigen zu machen, ist Sache des Empfängers.

2) Vergl. m. Erörter. zu Linde.s Lehrb. der Proz. S. 1. 2. Note 2.

3) Daß der Berechtigte keine Verbindlichkeit zur Annahme (Schilling in Richter's krit. Jahrb. 1838 S. 221 ff.) habe, ist nur in so fern richtig, daß er den Erwerb nicht zu machen braucht, den die Leistung gewährt, und er von der Entwicklungsthätigkeit ebenso abstehen, wie der Kläger einseitig einen Prozeß aufgeben kann, nemlich indem er sich dem Verluste seines Anspruchs aussetzt.

4) So bezeichnete man das Vollziehen einer confessio vor einem Richter außerhalb des Prozesses: Jas. de Mayno ad L. 1. D. de V. O. §. si quis ita.

trahirt zu sein, durch Verbürgung oder Verpfändung für den Erfolg dieses Verfahren verhaftet, und so ein Mittel der Verwirklichung desselben sein kann, während die contrahirten Persönlichkeiten die Träger des Verfahrens sind, mag hier hervorgehoben werden, um den Gegensatz zwischen Obligation und Verhaftung festzuhalten. Das regelmäßige Mittel für diesen Zweck ist eine Zwangsbefugniß des Berechtigten, die bei der Obligation eine Retentionsbefugniß oder ein Klagerecht sein kann, bei der Verhaftung aber eine Vollstreckungsbefugniß ist, indeß vermöge einer ihr gegenüberstehenden Defensionsbefugniß ihrer prozessualischen Geltung nach auf ein Klagerecht zurückgeführt sein kann. Die Ausübung der Retentionsbefugniß setzt die Zuführung des Stoffes der Leistung in den Besitz des Berechtigten voraus. Geschah sie in Folge des Willens des Obligirten, die Obligation zu lösen, so ist sie von einer dieselbe, und damit auch zugleich die etwaige Klagebefugniß, vernichtenden Verwechselung jener und beziehungsweise dieser gegen den Erwerb des Stoffes begleitet. Die Ausübung der Klagebefugniß beschränkt sich im neuern Rechte auf eine Verwechselung dieser gegen eine Verhaftung des Obligirten.[5])

§. 5.

Besteht die Leistung nicht bloß in jenem Zuführen eines Rechtsstoffes an den Berechtigten zur Ermöglichung des feinseitigen Erwerbes desselben, sondern in der Ermöglichung eines andern individuellen Zweckes des Berechtigten, so kann die Liberation als reine Befugniß von Seiten des Obligirten so lange ausgeübt werden, als diese Ermöglichung noch ausführbar ist.[1]) Es gibt noch keinen andern Zwang, als den Retentionszwang, und das Verhältniß des Obligirten ist in diesem Falle eine bloße Verbindlichkeit (Enga-

5) Nachdem die s. g. directe Consumtion hinweggefallen ist.

1) So z. B. wenn ein Zeitpunkt, der für die Vornahme der Leistung bestimmt war, vorübergegangen, sie aber noch in gleicher Zweckdienlichkeit ausführbar ist: L. 135. §. 2. D. de V. O. 45. 1.

gement), im Gegensatze der von einem Klagezwange begleiteten Schuld. Die Leistung, das praestare[2]), ist bloß in praestatione[3]), und mit ihrer Unausführbarkeit tritt an die Stelle der bisherigen Liberationsbefugniß eine Schuld, sofern die Verbindlichkeit auf einem Grunde beruht, der eine Defensionspflicht begründet, vermöge welcher sie von einer Verhaftung begleitet ist. Indem indeß der Executionszwang wegen dieser Verhaftung durch richterliche Anerkennung eines verschuldeten Unterlassen bedingt ist, wird er auf einen eventuellen Klagezwang und sein Produkt auf ein eventuelles Schuldverhältniß zurückgeführt[4]), dessen Eventualitätsmoment mit jener Unausführbarkeit eingetreten ist.[5]) Besteht die Leistung dahingegen bloß in jener Zuführung eines Rechtsstoffes, eine Leistung, die allein eine Schuld begründet und durch ein dare oder facere[6]) auszuführen ist, so kann die Libera-

---

2) Marezoll, Zeitschr. f. Civilr. und Proz. X. S. 219 ff. m. Identität und Connexität des Rechtsverh. S. 34. 35. Note 51 a.

3) L. 1. D. de penu legata 43. 9. Dahin gehören Unterlassungen: m. Identität S. 92. Note 48. S. 126. Note 16. Daher geht auch, obgleich das praestare Substanz einer Obligation sein kann (L. 3. pr. Dcit.; vergl. L. 37. pr. D. de oper. libertor. 38. 1. mit lex de Gall. cisalp. c. 22. bei Haubold monum. leg. p. 154. 155), keine Klageformel der Römer auf eine praestare, was aber keineswegs, wie Savigny, Syst. V. S. 598 will, dagegen redet, daß praestare die Leistung bei bonae fidei negotia bezeichnet.

4) Ohne jenes Unterlassen gibt es hier keine actio nata: L. 1. §. 22. D. depositi 16. 3. L. 13. §. 8. D. de act. emti 19. 1. Daß man dies übersieht, führt nicht allein zu einer gezwungenen Interpretation dieser Stellen (so bei Savigny a. a. O. V. S. 290, 299), sondern auch in der Anwendung auf die Klagenverjährung zu erorbitanten Resultaten, z. B. dazu, daß eine Depositenbehörde der Klage auf Rückgabe die Einrede der Verjährung entgegensetzt, wenn nicht innerhalb 30 Jahren nach der Deposition das Depositum zurückgefordert wird, was einer Confiscation vollkommen gleichsteht. —

5) Sofern die Unausführbarkeit noch nicht eingetreten, aber bereits ein verschuldetes Unterlassen vorliegt, wird die actio eine arbitraria.

6) Worauf die Formeln der in personam actiones auch dann gehen, wenn die ursprüngliche Substanz der Obligation ein praestare ist. Nur

tionsbefugniß von einer Liberationsnothwendigkeit begleitet sein, nemlich von der durch einen gegenüberstehenden Klagezwang begründeten rechtlichen Nothwendigkeit für den Schuldner, seinen Willen zu einer liberirenden Handlung zu bestimmen. Während die Obligation den Gegenstand der Liberationsbefugniß bildet, wird der Klagezwang vermöge der allgemeinen relativen Defensionspflicht Gegenstand der Liberationsnothwendigkeit.[7] Die durch die allgemeine Rechtsnorm gebotene autonomische Unterwerfung unter die eventuelle Verurtheilung des Richters ist zugleich eine Unterwerfung unter den aus derselben entspringenden Executionszwang, der mit dem Untergang der Defensionsbefugniß gegeben ist. Durch ihn wird die Liberationsmöglichkeit, sofern sie auf die Obligation gerichtet ist, vernichtet, eine Vernichtung, die nach der Meinung der Proculejaner schon mit jener autonomischen Unterwerfung, wenigstens bei nicht arbiträren Klagen, gegeben war[8]), und es wird die Liberationsnothwendigkeit und die Schuld gegen jene Unterwerfung und die Verhaftung verwechselt. Denn es bedarf keiner Willensbestimmung des Verhafteten mehr, um zur Verwirklichung der Leistung zu gelangen, wiewohl eine Befugniß, sich von der Verhaftung zu liberiren, ihm allerdings verbleibt.

§. 6.

Die römische Privatautonomie hat einen besondern Stoff in den volksautonomischen Rechtsstoffgestaltungen der ideellen

---

dann leidet dies eine Modification, wenn das praestare in einer Restitution zu verwirklichen ist, wie bei der fiducia und dem Dotalverhältnisse.

7) Denn von einer Obligation, diese an und für sich selber gedacht, braucht man sich nicht zu liberiren. Daß in Folge des Klagezwanges die liberirende Handlung ebenfalls zur Nothwendigkeit werden kann, und diese Unterscheidungen nur dazu dienen, den Entwicklungsorganismus zu construiren, versteht sich von selber.

8) Denn wenigstens bei diesen bestritten sie den Grundsatz: daß judicia absolutoria seien: Gaj. J. IV. 114. §. 2. J. de perp. et temp. act. 4. 12.

pecunia und der ihr dienstbaren familia. Letztere bedeutet überhaupt einen Inbegriff dienender Wesen [1]), und in vermögensrechtlicher Beziehung den Inbegriff derjenigen Körper, welche den Vermögenszwecken eines paterfamilias dienstbar sind [2]); mancipia oder manu capta [3]), deren Bedeutung sich auch in den res mancipi findet. [4]) Die ihr angehörigen Gegenstände sind res suae des paterfamilias ex jure Quiritium [5]), sein Recht daran aber ist usus für seine pecunia [6]), der durch auctoritas geschützt wird, d. h. durch die Macht, den Gegenstand als den seinigen im Rechtsstreite mit Erfolg zu vertheidigen. [7])

---

1) Famulorum coetus: Brisson: de V. S. v. familia. So auch die familia publica und privata in L. 1. D. de offic. praef. vigil. 1. 15.

2) So namentlich der Sklaven: Gaj. J. II. 44. L. 1. §. 1. L. 5. §. 2. D. de aedit. ed. 21. 1. L. 1. L. 12. §. 1. D. de public. 39. 4. Pauli, R. S. V. 6. §. 3. L. 1. pr. D. de vi 43. 16. L. 2. §. 14. D. vi bonor. rapt. 47. 8. L. 40. §. 3. L. 166 pr. L. 195. §. 1- 3. D. de V. S. — Ueber familia und pecunia überhaupt: Hugo, R. Geschichte 11. Aufl. S. 232 ff. S. 240. S. 557 ff.

3) Gaj. J. I. §. 121. Hugo, a. a. O. S. 215. 216. Note 5; und über die verschiedenen Bedeutungen von mancipium: ebendas. S. 133. 151. 159. 163. 234. 493. S. 122. 436. S. 135. 155. S. 192. 212. 510. 517.

4) Ulp. fragm. XIX. I. Gaj. J. I. 120. II. 15. 16. 17. Fragm. Vat. §. 45. 259. Die Frau unter der tutela legitima bedarf zu deren Veräußerung der auctoritas tutoris: Gaj. J. II. 80. Dies erklärt sich nur, wenn sie zu den Hauptgegenständen des Intestaterbrechts schon ursprünglich gehören. Und dieses geht vorzugsweise auf die familia. Ulp. fragm. XXVI. 1. f. Mos. u. Rom. L. L. coll. tit. 16. §. 2, 3, 4; der das übrige Gut, etwa als ceterae familiae res (vergl. J. Gotho, fr: fragm. XII. tabb. V. Dirksen, Zwölftafel-Fragmente S. 388), und ähnlich wie das peculium castrense auch dem paterfamilas zufiel (L. 2. L. 14 pr. D. de castren. si peculio 49. 17), gefolgt sein mag.

5) Gaj. J. I. §. 119. L. 6. §. 2. D. de rei vind. 6. 1.

6) Zuweilen als Factum dem mancipium als Recht gegenübergestellt. Lucret, III. 985. „Vitaque mancipio nulli detur, omnibus usu"; vergl. Seneca, ep. 12. med.; Curius, in Cic. ad div. VII. 29. Horat. ep. II. 2. v. 159. „Quaedam, si credis consultis, mancipat usus."

7) Die usus auctoritas (Cic. top. c. 4; pro Caecina c. 19. Gaj. J. II. §. 42, 44, 45; Cic. de off. I. 12) bedeutet wohl, ähnlich der deutschen Gewere, sowohl die Gewährschaft, welche jemand vor dem

Die ideelle pecunia steht neben der familia [8]) als Bestandtheil der sua res [9]), und als eine von der Qualification der ihr dienstbaren Substanzen unabhängige Einheit des Gutes eines paterfamilias. [10]) Sie tritt noch zu Cicero's Zeit als die eigentliche, sich von selber vertheilende [11]), Erbschaft hervor [12]), von welcher sich auch später, als an die Stelle des usus bereits das dominium getreten ist [13]), einzelne Verhältnisse der familia als solche absondern; indem sie bald untrennbar mit den Gliedern der familia verbunden sind, wie das Patronatrecht und die

---

Gerichte durch seinen usus hat, als diejenige, welche ein anderer ihm leistet, indem er ihn als Auctor schützt (vergl. Salmasius, de usur., Lugd. Bat. 1638, p. 207—209). In der letztern Bedeutung dürfte das jus auctoritatis bei Cicero de harusp. resp. c. 7. zu nehmen sein. Ueber die verschiedenen Ansichten: Puchta, civ. Abh. Hugo, a. a. O. S. 223. Z. 14. A. G. Schroeter, obss. jur. civ. Engelbach, über die Usucapion zur Zeit der 12 Tafeln. Holtius, in Hugo's civ. Mag. Bd. VI. H. 4. — In der erstern Bedeutung fällt es mit dem Vindicationsrechte zusammen, welches ex jure Quiritium oder ex jure Romano auch am filiusfamilias zusteht (L. 1. §. 4. D. de R. V. 6. 1; vergl. m. Identität S. 47. 48. Note 23. und das. Cit.; indeß auch Schröder, Zeitschr. f. Civilr. und Proz. XIV. S. 162. Note 1.; Asverus, d. Denunc. d. Römer S. 63; Savigny, Syst. V. S. 21. 22), obgleich er nicht im dominium steht.

8) Gaj, J. II. 104; mit Gell. N. A. I. 9.

9) Ulpian, fragm. XI. 14. L. 53 pr. D. de V. S. Heinecc. l. c. I. tit. 13. §. 2. Erb, in Hugo's civ. Mag. IV. S. 426 f. Huschke, Rhein. Mus. VII. 1. [IV. 1.] S. 60 ff.

10) Z. B. L. 77. D. de legat. II; mit L. 64. §. ult. D. solut. matr. 24. 3; L. 5. pr. L. 23. D. de V. S.; L. 30. pr. D. de legat. I. L. 5. §. 9. D. de reb. cred. etc. 27. 9.

11) Das judicium familiae herciscundae (Heinecc. l. c. III. tit. VI. §. 6. 7.), hat diese pecunia nicht zum Gegenstande.

12) Cic. de invent. II. 21. de legib. II. 21. Donat. in Phorm. Terent. act. 2. sc. 3. Die hereditas und der Geldwerth einer Forderung, das nomen, werden auch noch im neuesten Recht als gleichartige Rechtsgegenstände zusammengestellt. T. D. de act. vel hered. vend. und unter §. 10. Note 10. a. E.

13) Was wahrscheinlich erst dann eintrat, als der Begriff des dominium naturale sich geltend machte.

zu denselben gehörigen operae libertorum [14]), bald aber mit der Veränderung der Individualität der familia durch den Hinwegfall eines paterfamilias untergehen, wie der ususfructus und der usus [15]), so wie sie denn auch durch capitis deminutio erlöschen. [16])

§. 7.

Das Geld selber, die Geltung der römischen Münzen, forma publica percussa [1]), die nicht, wie Peregrinenmünzen, nach einem Courswerth, sondern nur nach ihrem gesetzlichen Werthe im Verkehre gilt [2]), ist keinem Einzelnen zuständig, sondern ein gemeinsames Verkehrsmittel. Als Geld ist es eine bloße Qualität der Gesammtheit der Münze, und die einzelne Münze, der nummus, ist nur eine Anweisung auf eine Quote dieser Geltung, die sie, diese Quote an dem Gesammtgute, den Sonderzwecken ihres Trägers unterwirft. Die Realität desselben beruht also im Verkehre unter römischen Bürgern allein in der rechtlichen Nothwendigkeit der allgemeinen Anerkennung dieser Geltung, nicht in dem von dem Bedürfnisse abhängigen Werthe des Stoffes der Münze. [3]) Der Besitz der nummi ist nur die Realisirung jenes Antheils an der gemeinsamen pecunia, während der Nutzen der familia und die Forderungen einen noch zu realisirenden Antheil an derselben bilden, dessen Realisirung

---

14) L. 9. D. de jure patron. 37. 14. Gaj. J. III. 58.

15) Die vor der Ausbildung des dominium sich der deutschen Leihe gleich gestalten mußten.

16) §. 2. J. de adquis. per arrog. 3. 11. Gaj. J. III. 83.

1) L. 1. pr. D. de contrah. emt. 18. 1.

2) G. E. Heimbach, obss. jur. Rom. liber. p. 34 sqq.

3) Dieser hat nur Einfluß auf den Courswerth. Wird nach dem Courswerth gezahlt, so wird, streng genommen, gar kein Geld gegeben, sondern Metall an Zahlungsstatt. Gilt kein Cours, so steht der Besitz der nummi gleich dem Innehaben des Zugeschriebenseins einer Summe in einer Girobank, mit dem Unterschiede, daß der Besitz des Stoffes, der die Geltung garantirt, in den Händen der Einzelnen und nicht in dem Fond einer Bank sich befindet.

in ihrer letzten Stufe durch den Erwerb von nummi aus fremdem Besitze vermittelt wird. Die Größe der ideellen pecunia eines jeden hängt ab von der Größe der bestimmten Quote der gemeinsamen pecunia, welche ihm den Besitz der nummi zueignet, und von der Größe der unbestimmten Quote, welche er durch Verwechselung jenes Nutzens und der Forderungen gegen den Besitz von nummi erlangen kann. Die Größe der durch die Verwechselung des Nutzens erreichbaren Quote ist unbestimmt, da die Summe der gemeinsamen pecunia weder mit der Minderung des Bedürfnisses der Erzeugnisse zu steigen, noch mit dessen Vermehrung abzunehmen braucht.[4]) Erst mit der Verwechselung gegen eine Forderung auf das Geben einer bestimmten Quantität von nummi wird sie bestimmt, aber nur ideell oder nominell, indem ihre reelle Bestimmtheit erst durch den Erwerb der entsprechenden Quantität von nummi mittelst Verwechselung der Forderung gegen dieselbe hergestellt wird. Der Verlust der Defensionsbefugniß des Schuldners gegen die Forderung eröffnet indeß bereits dem Gläubiger unabhängig von dem Willen des Schuldners vermittelst des Executionszwanges den Weg zu dieser Verwechselung, die nur durch die Aneignung einer dem Schuldbetrage entsprechenden Quote der Quote des Schuldners an der gemeinsamen reellen pecunia vermittelt werden kann, und daher voraussetzt, daß die ideelle pecunia des Schuldners der Disposition des Gläubigers unterworfen sei.[5]) Diese Unterwürfigkeit ist aber eine Verhaf-

4) Sollte z. B. der Preis eines Maaßes Waitzen immer derselbe bleiben, so müßte, wenn die Quantität des Waitzens im Verhältnisse zum Bedürfnisse größer würde, also der Preis zu sinken drohte, die Masse des umlaufenden Geldes verhältnißmäßig vergrößert, und im umgekehrten Falle, zur Verhinderung des Steigens des Preises, die Masse des umlaufenden Geldes vermindert werden.

5) So würde die Execution in einer Summe, die dem Schuldner in einer Girobank als Antheil zugeschrieben wäre, nur durch eine Dispositionsbefugniß des Gläubigers über die durch die Zuschreibung constituirte ideelle pecunia des Schuldners bewirkt werden können, wenn sie auch durch den Richter vermittelt werden müßte.

tung der ideellen pecunia für die Schuld. Die ideelle pecunia ist indeß eben nichts anderes, als die vermögensrechtliche Persönlichkeit des römischen Bürgers, über welche während ihres Bestehens die Disposition eines andern rechtlich unmöglich ist; während mit ihrem Untergange einer solchen Disposition der Gegenstand entzogen wird, und mit dem Eintritt eines andern in dieselbe wiederum der Falle jener rechtlichen Unmöglichkeit der Disposition eines andern, des Gläubigers, gegeben sein würde. Die Beschränkung der ältesten Art des römischen Executionszwangs auf die physische Person des Schuldners und deren Ausführung durch den Verkauf trans Tiberim [6]), also an einen Peregrinen, der unfähig war, dadurch in seine pecunia einzutreten und seine jura familiae zu erwerben [7]), stimmt mit der bisherigen Auffassung der Entwickelung altrömischer Obligationsverhältnisse vollkommen überein.

§. 8.

Außerhalb des Gebietes der Geltung jener volksautonomischen Rechtsstoffgestaltungen und beziehungsweise nach deren Untergang stehen an deren Stelle die bona, als die Gesammtheit der vermögensrechtlichen Verhältnisse eines Rechtssubjectes. [1]) Während die pecunia, abgesehen von dem Besitze der nummi, nur durch den Werth der Nutzungen der Gegenstände der familia und den in derselben begründeten Antheil an der reellen genossenschaftlichen pecunia eine Quantität erlangt, und die Schulden als eine Minderung dieser

6) Gell, N. A. XX. 1.

7) Daß der Verkauf an einen römischen Bürger ihn nur in's mancipium bringen könne: Puchta, Rhein. Mus. II. S. 385 ff., konnte seiner Zulässigkeit nur entgegenstehen, wenn die Execution nothwendig zur Sklaverei des Schuldners führen mußte.

1) L. 49. D. de V. S., vergl. L. 39. §. 1. L. 208. D. eod. Wenn Livius, II. 25. bereits im Jahre d. St. 259 diese Benennung für das Vermögen römischer Bürger vorkommen läßt, so folgt er wohl nur der Ausdrucksweise seiner Zeit.

Quantität in sich selber trägt[2]); nehmen die bona in sich den Werth der Gegenstände der familia selber auf[3]), und die Schulden treten ihnen nur von außen als ein ihren Werth verminderndes Moment hinzu[4]), sofern der Stoff der bona Gegenstand des Vollstreckungszwanges werden kann. Als dessen Gegenstand finden sich die bona zwar ursprünglich nur als Gesammtheit, und da, wo eine Magistratsperson als der amtliche Träger des zu verwirklichenden Anspruchs erscheint[5]), in der Art, daß die Vollstreckung auch die bisherige vermögensrechtliche Persönlichkeit des Schuldners vernichtet.[6]) Allein später verschwindet auch dieses Merkmal der Identität der ver-

2) Arg. L. 37. pr. D. de peculio 15. 1. L. 20. §. 1. D. de stipul. servor. 45. 3. L. 50. D. de V. O. 45. 1. L. 88. L. 97. D. de V. S.

3) Gaj. J. II. 9—14. L. 1. D. de rer. div. 1. 8. Tit. J. de reb. corp. et incorp. 2. 2. L. 34. §. 2. D. de pignor. 20. 1. L. 9. C. quae res pignori 8. 17. Nach der Ausbildung des Begriffes vom dominium müßte indeß dieser Werth auch der pecunia angehören: L. 178. L. 122. D. de V. S., während von ihr, jetzt auch patrimonium genannt: L. 5. D. de V. S. L. 9. D. rem pupilli salvam fore 46. 6; zwar nicht die nomina, wohl aber die res quae sunt in actionibus: L. 19. D. de V. S.; vergl. m. Identität §. 4. Note 1. a. E. S. 75; in nominibus: L. 9. D. cit.; ausgeschlossen: L. 5. L. 9. D. cit.; aber den bona beigezählt werden: L. 49. D. de V. S. — Der Sclave kann Träger einer pecunia sein, ohne bona haben zu können; L. 182. D. de V. S. L. 13. D. quib. ex caus. maj. 4. 6.

4) L. 39. §. 1. D. de V. S. L. 72. pr. D. de jure dot. 23. 3.

5) Z. B. wegen unterschlagener öffentlicher Gelder vermittelst der missio in bona: Liv. XXXVIII. 60. Vergl. Gell. N. A. VII. 119. Val. Max. IV. 1. §. 8. Cic. in Verr. I. 20. Gaj. J. III. 80. 154. IV. 146. Dirksen, Beitr. S. 202. 203 ff. Puggé, Rhein. Mus. II. S. 87 ff.; deren Folge dann die bonorum venditio per universitatem war. —

6) Denn die successio per universitatem, die mit der venditio bonorum verbunden war, konnte ohne eine solche Vernichtung nicht eintreten. Diese Vernichtung ist zwar nicht die der capitis deminutio, da sie die jura familiae nicht ergreift (L. 40. D. de operib. lib. 38. 1.); allein im Uebrigen zieht sie doch die Wirkungen einer solchen nach sich. L. 65. §. 12. D. pro socio VI. 2. pro mortuo habetur". — Das judicium über den Streit: ob die bona einer Person possessa et proscripta seien, nennt ein judicium de capite. Cic. pro Quinct. 8. 9. 13. 22.

mögensrechtlichen Persönlichkeit mit dem Gegenstande der Schuldenhaftung[7], so daß diese Identität nur noch im Verhältnisse der Beerbung fortdauert, und außerhalb desselben im Gebiete des Vollstreckungszwanges dessen Gegenstand ein von der obligirten Persönlichkeit verschiedener ist: eine Verschiedenheit die eine objective Verwirklichung des bestehenden Schuldverhältnisses durch sich selber und ohne vermittelnde Momente unmöglich macht.[8] — Bestandtheile der bona als solche sind die res, zu denen nicht bloß die dem Träger der bona zuständigen Körper, sondern auch die ihm als Berechtigten zuständigen Rechtsverhältnisse gezählt werden.[9]

§. 9.

Eine gleiche Fortentwicklung der Verbindlichkeit, beziehungsweise der Schuld, zu einer Verhaftung der ideellen pecunia, wie sie durch den gerichtlichen Prozeß herbeigeführt wurde, scheint auch durch das nexum vermittelt worden zu sein. Nur gestaltet sie sich, sofern die Leistung, deren Verwirklichung das nexum bezweckte, noch durch eine hinzugefügte nuncupatio hinausgeschoben war, wie z. B. wenn sie erst im Falle der Eviction eines verkauften Gutes eintreten sollte, als eine präconstituirte eventuelle, die auch die Ausübung der Defensionsbefugniß wenigstens dann, wenn jene nuncupatio nicht einen bloßen dies zum Gegenstande hatte, nicht aufhob. Nexum aes, wird gradezu gesagt, est pecunia (Vermögen) quae per nexum obligatur.[1] Wer das aes

---

7) Indem nicht bloß der Verkauf der bona im Einzelnen, die distractio bonorum, sondern auch die pignoris capio als Vollstreckungsmittel angewendet wird.

8) Daher übertrug man (s. Bachofen, das römische Pfandrecht S. 281. S. 423 ff. S. 226. Note 1. a. E.) später auf die Inmissionen und auf das fiscalische Forderungsverhältniß das Pfand.

9) Pr. J. de R. D. 2. 1.

1) Festus, v. nexum. Daß es das aes sei, welches zum Zwecke des Nectirens gegeben (Huschke, das Recht des Nexum S.65), oder gleich mit pecunia nuncupata (Festus v. nuncupata) sei (Bacho-

empfängt gibt nexum, oder nimmt eine nexi datio vor, und empfängt als Auswechsel dagegen liberatio durch das nexum, oder nexi liberatio.[2]) Die nexi datio hat also immer den Effect der Zahlung verbunden mit einem Verhaftetwerden wegen des Zahlungsstoffes, der gleichsam bei ihm deponirt ist. Die liberatio wird ertheilt entweder von einer bereits entstandenen Schuld des Nectirten, oder aber von einer Schuld, welche künftig durch Vereitelung eines von ihm übernommenen praestare entstehen kann. Im letztern Falle dient die nexi datio zur Verwirklichung der Wirksamkeit einer mancipatio.[3]) Wird im erstern Falle keine liberatio ertheilt, so entsteht auch keine nexi datio, sondern der Schuldner tritt ins mancipium.[4]) Wird im letztern Falle das aes nur di-

fen das Nexum S. 17), nemlich diejenige pecunia sei, welche zur dereinstigen solutio des nexum versprochen ist, scheint weniger passend. Das nexum aes in der Bedeutung des Textes wird aber gegen jenes aes und für die Liberation von dem Schuldigsein dieser pecunia gegeben. Die Formel des Nectirens kann man sich in verschiedener Fassung denken, z. B. in der Anforderung des Creditor: Pecunia tua his mile libris este mihi nexa. S. Huschke, a. a. O. S. 50, 231; dessen Studien S. 293. 295 f.

2) Aelius Gallus bei Festus, v. Nexum unterscheidet indeß nexi datio und nexi liberatio. Allein eine nexi liberatio vom Nexum ließe sich nur denken als nexi datio gegen nexi datio. —

3) Eine traditio alteri nexu, die eine abalienatio enthält: Cicero, de harusp. resp. 7; vergl. ad famil. VII. 30. parad. 6. Ulpiani, fragm. XIX. §. 3. Daß es kein nexum ohne mancipatio gebe. Sell, de juris Romani nexu et mancipio p. 18. 32., vergl. Puchta, Instit. S. 29, ist jedenfalls mit der Modification zu verstehen, daß in dem Falle, wo die nexi datio gegen eine gegenwärtige Schuld gewechselt wird, sie die mancipatio verschlingt.

4) Das mancipium bleibt in der Entwickelung der mancipatio hängen, indem es den usus an sich selber nur factisch an Zahlungsstatt für die Schuldhaftung seiner pecunia tradirt, ohne in die familia des Gläubigers überzugehen. Denn er bleibt frei und kann sich noch durch Leistung von der Unterwürfigkeit unter diesen usus befreien. Vergl. Heinecc. antiqq. jur. Rom. ed. Mühlenbruch, app. ad lib. I. tit. 12. p. 159. 161. Daher die Verschiedenheit der Ansichten, ob sein Verhältniß bloßes nexum sei. Vergl. Varro, de ling. lat. VI. 1. und

cis causa gegeben, wie bei der familiae emtio, so entsteht eben so wenig eine nexi datio, sondern eine bloße mancipatio [5]); und ist dies nicht der Fall, so erlangt der Mancipirende wegen der empfangenen Gegenleistung keine liberatio, sondern wird durch sie als Auctor verhaftet, und der Effect der Zahlung fällt hinweg. Die wirkliche nexi datio wird demnach immer für ein Creditiren einer reellen Leistung ertheilt, so daß der in Zahlungsstoff verwandelte Stoff derjenigen Leistung, deren Verwirklichung das nexum bezweckt, immer eine pecunia credita bildet. [6]) Die Obligation, wel-

darüber: Huschke, Nexum S. 32. Ebenso bleibt auch der sponsor in der Entwickelung des Effects der nexi datio hängen (unter §. 13. nach Note 17). In beiden Fällen sind die Parteien contrahirt.

5) Vergl. Gaj. J. II. 104. Dasselbe gilt von der mancipatio fiduciae causa (Gaj. J. II. 59. III. 201. Cic., de off. III. 17. ad fam. VIII. 12.) überhaupt, wovon die familiae emtio nur eine Art ist. Daß keine mancipatio ohne nexum ist (Sell, l. c. p. 28—32 mit Puchta, a. a. O. S. 29), sofern dasselbe umfaßt: omne quod per aes et libram geritur (Varro, l. c.), ist indeß insofern richtig, als sie ohne dasselbe den Mancipirenden nicht verhaftet macht. So wenn die mancipatio schenkungsweise, ohne daß der nummus unus gegeben (L. 37. C. de donatt. 8. 54. Savigny, Zeitschr. f. gesch. Rw. IV. S. 7.) an eine persona non excepta geschehen. Fragm. Vatic. §. 311. Warnkönig, Arch. f. c. P. XX. S. 421—426. Daher konnte auch Ael. Gallus (Festus, v. nexum) die testamenti factio unter das nexum stellen, was Huschke, Nexum S. 29. 212 ff. auf das Damnationslegat bezieht. Vergl. Gaj. J. II. 27. Simplicius, ed. Goes p. 76, und dazu Huschke, a. a. O. S. 43. mit Note 47.

6) L. 1. D. de R. C. 12. 1. L. 2. §. 5. D. eod. L. 24. §. 4. L. 27. §. 1. D. de minor. 4. 4. L. 1. L. 3. §. 3. D. de Scto. Maced. 14. 6. — Der Berechtigte, welcher statt der reellen Leistung sich einstweilen mit dem Nexum begnügt, ist in Ansehung des Empfanges jener Leistung alienam fidem secutus, worin das Wesen des Creditirens gegeben ist. L. 1. D. cit. Es wird hier Zahlungsstoff creditirt, und zwar unmittelbar; während da, wo eine betagte Schuld contrahirt wird, vielmehr Schuldstoff, und unmittelbar die Schuld creditirt wird. — Will man jedes Nexum im engern Sinne als eine alienatio fiduciae causa ansehen (Schilling, a. a. O. und dagegen Bachofen, a. a. O. S. 17. 18), so wird der Gegenstand der alienatio nur die obligatio sein können, welche der Creditor dem Debitor gegen die Verhaftung der ideellen pecunia des letztern

che dieser Leistung zum Grunde liegt, wird aber verwechselt gegen die ideelle pecunia, welche der Berechtigte durch die Unterwürfigkeit der pecunia des Nectirten unter den Executionszwang erwirbt, so daß in so weit, als diese Unterwürfigkeit reicht, die ideelle pecunia des Nectirten eine aliena, und seine Quote an dem gemeinsamen Gelde, die ihm vermöge der Quantität seiner ideellen pecunia zusteht, ein aes alienum [7]), und zwar ein suum aes alienum des nectirten Debitors [8]), und ein suum aes des in seine ideelle pecunia recipirten Creditors [9]) ist. Denn Creditor ist also durch das nexum der Geldwerth der Leistung schon zugeeignet, und die Idee einer solchen durch das Schuldverhältniß vermittelten Zueignung scheint sich noch forterhalten zu haben, als die Geltung der iedeellen pecunia und mit ihr das nexum, durch den Begriff der bona bereits verdrängt worden. Es zeigt dies eben die Fortdauer der Bezeichnung des Schuldstoffes als aes alienum, der die Bezeichnung des Rechtsstoffes des Gläubigers als nomen entspricht. [10]) Allein diese Bezeichnun-

---

auswechselt. Allein dann würde derjenige fiduciae causa alieniren, welcher das aes gibt, während bei der fiducia derjenige alienirt, welcher das aes empfängt, und der beim Nexum im engern Sinn zur Erwirkung der Aufhebung seiner Verhaftung keines pactum fiduciae bedarf, weil er sie ablösen kann.

7) L. 213. D. de V. S. Das aes erscheint als die Gesammtheit der Geldmasse, ohne Unterschied der Münzsorte (L. 159. D. eod.), welches „usum pecuniae numeratae praestat.“ Seneca de benef. V. 14. (vergl. Bachofen, a. a. O. S. 2—6), also der Münze gleich steht.

8) L. 5. §. 10. D. de jure dot. 23. 3. Wer Schuldner geworden ist, hat ein aes alienum gemacht (Seneca, ap. 119) und hat ein aes alienum (Seneca, de benef. V. 14); es zahlt niemand Zinsen pro pecunia sua (ibid. VII. 4). Auf die nummi bezogen, wäre dies unrichtig, da der Darlehnsempfäger für die nummi, die sein Eigenthum geworden sind, Zinsen zahlen kann. —

9) L. 213. D. cit.

10) Res quae sunt in nominibus. L. 9. D. rem pupilli salvam fore 46. 6. L. 7. D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 6. C. Fam. herc. 3. 36; sind offenbar Gegenstände, die man auf den Grund eines Forderungs-

gen haben jetzt eine bloße commercielle Bedeutung, da es zur Verwirklichung derselben keinen andern Zwanz gibt, als den gewöhnlichen Klagezwang, und keineswegs einen Executionszwang. Daher verschwimmt denn auch im neuern römischen Rechte die Verhaftung in der Obligation und läßt nur in einzelnen Ausdrücken einige Nachklänge übrig.[11])

§. 10.

Die nexi datio steht einer Litiscontestation parallel, sofern eine hinzugefügte nuncupatio dem Rectirten noch die Ausübung einer Defensionsbefugniß übrig läßt. Allein sie anticipirt die Wirkung der Verurtheilung, zu welcher die Litiscontestation erst den Grund legt, so daß eine Litiscontestation über einen durch nexum bereits bis zum Condemnationsverhältnisse fortentwickelten Schuldanspruch ohne eine Rescission des Condemnationsverhältnisses nicht möglich ist. Es finden sich nun nicht allein, wie weiterhin gezeigt werden wird, Zeugnisse dafür, daß die Ausübung der Defensionsbefugniß gegen eine auf nexi datio gegründete Klage im Falleihrer Unwirksamkeit dieselbe Folge hatte, wie deren Ausübung gegen eine durch Verurtheiluug begründete Execution, sondern auch dafür, daß dann, wenn eine eigentliche gegen nexi liberatio gegebene nexi datio vorlag, der Berechtigte zur Verwirklichung seines Anspruchs gar keiner Klagenstellung bedürfte. Es zeigt sich dies in der Eigenmacht, welche gegen den nec-

---

verhältnisses nur dem Werthe nach hat. Nomina facere. L. 9. pr. D. de pactis 2. 14, was namentlich durch Literalcontract geschieht. Cic. de off. III. 14; in Verr. I. c. 36. 39. ad Att. IV. 13. Seneca de benef. III. c. 15. pr. J. de liter. oblig., heißt also den Erwerb eines solchen Werthes begründen, der auch Gegenstand einer emtio venditio sein kann. L. 4. L. 6. L. 14. L. 17. L. 23. §. 1. D. de hered. v. act. vend. 18. 4. L. 1. C. de novatt. 8. 42. L. 44. §. 5. D. de leg. I.; vergl. §. 6. ibid. L. 59. D. de leg. III.

11) Vergl. L. 9. D. L. 7. D. L. 6. C. L. 9. pr. D. cit. und unten §. 13. Note 9—13.

tirten Schuldner und seine seiner pecunia dienstbare familia [1]) geübt wurde, und die so allgemein war [2]), daß sie schwerlich als widerrechtlich angesehen werden können. [3]) Und wenn

1) Wenigstens wurden in Abwesenheit des nexus auch seine Angehörigen belästigt. Dion. Halic. VI. 25. ed. Sylb. p. 363; so wie Verkauf seiner Güter als Folge des Nexum vorkommt: ibid., so daß die familia als ein Gegenstand (als Accessorium. Huschke, Nexum S. 27 ff.) der Executionsausführung erscheint; die zu operae im Dienste der pecunia (deren Werth vielleicht nicht einmal, wie Niebuhr, R. G. 2. Ausg. I. S. 603. Huschke, a. a. O. S. 69. und And. annehmen, auf die Hauptschuld abgerechnet, sondern als foenus [Erzeugniß, und zwar der zum Darlehn gegebenen Gegenstände, nach Huschke, a. a. O. S. 98 ff.; aber wohl nur, wenn der Gläubiger in die pecunia des Verhafteten recipirt, und dadurch ihr Werth seiner pecunia zugeeignet ist] = Futter für die pecunia des Gläubigers?, betrachtet wurden) genöthigt wurden. Dion. Halic. V. 53. VI. 23. 25. p. 361. 363 sqq.

2) Vergl. Liv., II. 23. 27. Puchta, Instit. II. S. 215. 216.

3) Auf ein factisches Uebergeben in die Gewalt des Gläubigers, ein Vollziehen der nexi obligatio, scheint zu gehen das: nexum inire (Liv., VII. 19; Bachofen, das Nexum S. 37. Huschke, a. a. O. S. 61; gegen Sell, l. c. p. 46. Nr. 3.) und das nexum se dare (Liv. VIII. 28). Die Stellen bei Dion. und Liv. haben zwar einen aus verzinslichem Darlehen verhafteten Schuldner im Auge. Allein dabei ist zu erwägen, daß jede Haftung aus dem Nexum in ihrer vollständigen Entwickelung einen creditirten Zahlungsstoff zum Gegenstande haben mußte, sofern die durch die mancipatio bewirkte Gegenleistung diese Eigenschaft nicht aufgehoben hatte; und daß die Regel für das aus dem Nexum hervorgegangene Kaufgeschäft, daß der Kaufpreis sofort nach der Tradition von selber verzinslich ist, auf die Verzinslichkeit jeder derartigen Schuld hindeutet. Statt des in jus vocare nahm der Gläubiger gegen den Nexus das ducere vor. Liv., II. 23. Ob dann, wenn der Nexus zu folgen sich weigerte, eine in jus vocatio und somit die Anstellung einer Klage (Niebuhr, R. G. [Ausg. 3] I. S. 637 ff. Zimmern, R. R. G., III. §. 45. H. A. Zachariae, comm. de fiducia Goth. 1820. p. 72 sq. O. Müller, Rhein. Mus. V. S. 300) und eine Verurtheilung so wie Beobachtung eines tempus judicati (Huschke, a. a. O. S. 67, wegen des bei Dion. Hal. IV. 83. erwähnten Termins) nöthig wurde, in welchem Falle denn wohl nur das Verhältniß des addictus, desjenigen, der dem Gläubiger zum Zwecke der Ausübung des Vollstreckungszwanges vom Prätor überantwortet war, eintreten konnte, wird sich nicht bestimmen lassen. Für die rechtliche Natur des Verhältnisses

sie, wie es scheint, auf keinem ausdrücklichen Gesetze beruhte[4]), so redet das nur dafür, daß man sie in der Natur des Verhältnisses begründet fand.[5]) Sie ging selbst noch weiter als die mit der in Folge der manus injectio eingetretenen richterlichen Addiction verbundene Eigenmacht, die nur an der physischen Person des Addicirten vollzogen wurde[6]), während jene Eigenmacht gegen den nectirten Schuldner in einer Ausübung seiner vermögensrechtlichen Persönlichkeit bestand, so daß das nexum als eine eventuelle Immission in diese erscheint.[7]) Sie war indeß insofern beschränkter, als

---

selber erscheint es indeß gleichgiltig. — Gegen den Auctor, der durch die mancipatio durch Nexum obligirt war, für das habere licere zu stehen, den auctoritatis venditor (Paul, R. S. II. 17. §. 3.), fand indeß nur die auctoritatis actio in duplum statt, worunter nur das duplum pretii verstanden werden, so daß man nicht mit Huschke a. a. O. S. 117. das Hinderniß, welches einem duci entgegenstand, im Mangel einer bestimmten Geldsumme finden kann.

4) Wenn auch unter dem addictus bei Quinet: J O. VII. 3. (vrgl. declam: 311. mit 221. 340.), wegen des quem lex servire donec solverit, jubet, welches auf den addictus nicht paßt, der nexus zu verstehen sein sollte, so kann unter lex doch immer die lex contractus verstanden sein.

5) Es bedürfte auch besonderer Gesetze zur Beseitigung dieses Verfahrens, von denen (über das frühere: Burchardi, Lehrb. d. R. R. II. S. 315. und das. cit. Stellen, insbes. Dion. Halic. IV. 9. 11. 13.) erst die Lex. Petillia (Patelia, Poetilia, Paetilia) Papiria v. J. d. St. 429. oder 440 (Bachofen, a. a. O. S. 100. Note 143. und daselbst Cit.) das Ziel erreichte. Liv. VIII. 28. Cic., de republ. II. 34. Dion. Halic. excerpta ed. Reisk VI. p. 2337 sq. Quinctil. declam. ed. Burm. p. 73. — Das omnia nexa civium liberata, bei Cic. l. c. kann nach den übrigen Zeugnissen auf eine Vernichtung der Schulden selber nicht bezogen werden.

6) Vergl. oben §. 7. Note 6. 7.

7) Daß die Unterwerfung zu Diensten auf einer ausdrücklichen Uebereinkunft beruht habe, etwa einer Mancipation (Puchta, Instit. II. S. 29. und Anh. mit Bachofen, a. a. O. S. 24. Note 28. S. 55) geht aus keinem Zeugnisse hervor. Das operas in servitutem dare, bei Varro, de L. L. VII. 5. §. 105, kann auf die factische Unterwerfung gehen (oben Note 3), und eine Alienation der operae des Schuldners und seiner Familie, die in jedem Nexum wegen eines Darlehn gelegen

sie nur zu dieser Ausübung nicht aber zur Alienation der Persönlichkeit ermächtigte.[8])

§. 11.

Ferner wird derjenige, welcher durch mancipatio seine pecunia wegen der Eviction nectirt hat, in dem Falle, wo sie erfolgt, schlechthin in duplum verhaftet.[1]) Verhaftung auf das duplum wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit als Folge allgemeiner Norm tritt ein, wenn der Verurtheilte die Verurtheilung, seine Verbindlichkeit zum judicatum facere[2]), bestreitet, und sie gegen seinen Widerspruch an-

hätte (Sell, l. c. p. 144), läßt sich nur als eine Wirkung der rechtlichen Natur der Schuld denken, die denn auch eine Verhaftung der Güter (Liv. III. 28. Schrader, civ. Mag. V. S. 184. 187. Zachariae, l. c. p. 16. 18. Bayer, Concursproz. §. 6. Note 2. S. 15. 16.) begründen können, aber ein besonderes dem Verhältnisse hinzutretendes Moment nicht bilden kann. — Eine solche Alienation würde nur eine Steigerung der Reception in die pecunia sein, welche dem Begriffe einer eventuellen Inmission entspricht, und die Folge haben konnte, der Widersetzlichkeit gegen die Ausübung einen besondern Charakter zu verleihen.

8) Die Anwendung des Privatzwanges zu jener Ausübung, der Abnutzung des Schuldners und seiner familia, war dann der wesentliche Gegenstand der Aufhebung der Lex Petillia, so daß die addictio dessenungeachtet bei allen gerichtlichen Vollstreckungen noch fortdauern konnte, ohne daß jene Lex ihre Bedeutung dadurch verlor. A. M. Savigny, vermischte Schriften II. S. 461 ff.

1) Ohne daß es eines Bestreitens der Haftungspflicht bedarf. Paul, R. S. II. 17. §. 3. Die verschiedenen Meinungen über diese Stelle bei Heinecc. Antiqq. ed Mühlenbruch III. 23. §. 7 f. Der Auctor (oben §. 10. Note 3.) erscheint vermöge seiner Pflicht zur Gewährung eines unangefochtenen habere licere in einem Urheberverhältnisse zur Eviction. Von diesem Standpunkte aus (unter Note 8) läßt sich dieser Fall mit Huschke, a. a. O. S. 207 ff. in der Categorie der Litiscrescenz stellen.

2) Gaj. J. III. 180. Gell. N. A. XX. 1. L. 4. §. 3. D. de re jud. 42. 1. Ex causa judicati debere: L. 4. §. 3. D. cit. L. 3. §. 11. D. de peculio 15. 1. L. 29. D. de O. et A. 44. 7. L. 7. D. de solutt. 46. 3. L. 9 f. D. de peculio 15. 1. Keller, Litiscont. S. 199. 217.

erkannt und die Execution gegen ihn verhängt wird.[3]) Eine richterliche Verurtheilung empfängt aber nach römischen Grundsätzen ihre Kraft eben durch die mittelst der Litiscontestation bewirkte Reception in die ideelle pecunia des Beklagten.[4]) Daß eine solche zu einem judicium legitimum erforderlich ist, ergibt sich aus der Unfähigkeit der Peregrinen für dasselbe.[5]) Indem die jene Reception bewirkende Litiscontestation das ihr zum Grunde liegende Verhältniß löset[6]), begründet sie das condemnari oportere, eine Ver-

3) Paul, R. S. V. 5. a. §. 8.

4) Judicio contrahitur: L. 3. §. 11. D. de peculio 15. 1. vergl. L. 20. D. de judic. 5. 1. L. 22. D. de tutelae etc. 26. 3. L. 83. §. 1. D. de V. O. — Quasi-Contract, nach Keller, a. a. O. S. 127. Die Verhaftung aus dem Judicat kann ebenso wie die aus dem Damnationslegat durch nexi solutio aufgehoben werden. Gaj. J. III. 173. 175; wahrscheinlich, weil dies allgemeine Aufhebungsart der Verhaftung der ideellen pecunia war (vergl. Huschke, a. a. O. S. 30. 31. 240.). Die darauf gestützte Ansicht, daß früher die L. C. durch Nexum geschlossen sei: Rudorff, Zeitsch. f. gesch. R. W. VII. S. 237 ff. Mayr, die L. C. S. 120 ff. Liebe, d. Stipul. S. 255; muß vielmehr so gefaßt werden, daß beide ihre rechtliche Verwirklichung in demselben Stoffe empfangen.

5) Selbst in Ansehung des prätorischen Analogon desselben, des römischen judicium quod imperio continetur, scheint dies der Fall gewesen zu sein, indem gegen sie nur eine, den Executionszwang unmittelbar vorbereitende persecutio und repetitio im judicium recuperatorium stattfand: Festus v. reciperatio. Indeß geht letzteres wenigstens in jüngerer Zeit doch nur auf Peregrinen, die dem römischen Reiche nicht angehören. Theilweise von verschiedenen Gesichtspunkten gehen aus die Darstellungen des Recuperationsverhältnisses: Hugo, R. G. 11. Aufl. S. 689. Schrader, Heidelb. Jahrb. v. 1823. S. 959. E. Huschke, anal. lit. cur. J. G. Huschke, excurs. II. de recup. p. 208—253. Heffter, Instit. S. 52. Heffter, ad Gaj. comm. IV. p. 100 sq. Zimmern, Röm. Proz. §. 17. S. 47. Collmann, de Romanor. judic. recup. comm. Berol. 1835. C. Sell, die Recuperatio der Römer. Braunschw. 1837. Heinecc. Antiqq. ed Mühlenbr. IV. tit. 6. §. 44. not. f.

6) Durch die s. g. prozessualische Consumtion, die sich auf die durch die L. C. geschehene Erfüllung der Defensionspflicht des Beklagten gründet. Die intentio der Klageformel sprach aus, was Gegenstand der

haftung, ohne welche es keine Verurtheilung gibt [7]), und die wenn sie nicht durch das imperium des Magistrats getragen wird, in Ermangelung einer obligationsmäßigen Substanz nur durch eine Reception in die ideelle pecunia verbindend sein kann, gegen deren Wirksamkeit vor der Verurtheilung die Defension schlechthin gestattet, nach derselben aber im Falle des Mißlingens von der Folge der Litiscrescenz begleitet ist. Das Princip der letztern scheint eine Verpflichtung des durch jene Reception, in Folge eines ihm gestatteten oder von ihm dem Berechtigten durch Ausübung der Defension abgenöthigten Credits, Verhafteten zur Treue gegen jenen zu sein, die jede Opposition gegen die Realisirung des Zweckes der Reception, zu welcher er in einem urheberschaftlichen Verhältnisse erscheint, also auch die das gegebene Condemnationsverhältniß rescindirende Defension gegen dessen Wirkungen, zu einem dolus qualificirt. [8]) Wo sie in Folge der

---

lis geworden, also auch was durch Erfüllung der Defensionspflicht consumirt worden (vergl. Puchta, Einfluß des Proz. u. s. w., und dagegen: Keller, Hall. A. Lit. Ztg. 1846. S. 346 f.), und was Gegenstand der Condemnation des Richters werden könne (si paret). —

7) Erst seit Marc Aurel tritt im Ungehorsamsfalle eine Ausnahme davon ein: m. Auff. in Sell's Jahrb. a. a. O. §. 11.

8) Denn es findet sich in früherer und späterer Zeit, daß dolose Handlungen in gewissen Vertragsverhältnissen, die in der ältern Zeit mit nexum beziehungsweise fiducia verbunden waren, die poena dupli zur Folge haben, ohne daß sie als Litiscrescenzfälle betrachtet werden können; so: die Täuschung über die Größe des verkauften Grundstückes, welche der Käufer gegen den Verkäufer verübt: Paul, S. R. I. 19, die dolose Nichtrestitution von Seiten des Depositars: Paul, l. c. II. 12. §. 11. Coll. X. 7 f.; und das Abläugnen des s. g. depositum miserabile. L. 1. §. 1. 2. 4. L. 18. D. depositi 16. 3, welches indeß §. 17. 23. 26. J. de action. unter die Litiscrescenzfälle gestellt ist (vergl. C. Sell, in dess. Jahrb. II. S. 37), und das vindiciam falsam ferre: Festus, v. Vindiciae; vergl. Paul, l. c. I. 13. B. 8; c. 1. C. Th. de usur. r. j. 4. 19; Cujac, V. obs. 21; Heffter, l. c. IV. obs. VI. p. 15. not. 6; Wetzell, der römische Vindicationsproz. S. 33). Ueber diese Fälle überhaupt: Zimmern, a. a. O. §. 179. S. 540. C. Sell, a. a. O. S. 19 ff.

Defension gegen eine nicht durch richterliche Condemnation hervorgerufene Verhaftung entsteht, wird sie als eine Condemnationsverhaftung zum dare aufgefaßt[9]), also als eine Schuld, für welche die Condemnationsverhaftung präconstituirt ist. Sie ist also auch hier eine Folge der Reception in die pecunia, und als solche muß sie überall betrachtet werden, wo sie sich nicht auf einen besondern dolus gründet.[10]) Die Natur der hierher gehörigen Verhältnisse als Condemnationsverhaftungen ergibt sich auch aus der wegen derselben gestatteten legis actio[11]), und daraus, daß, sofern

9) So das Damnationslegat. (Gaj. IV. 9.), dem das per sinendi modo relictum gleich steht. Heinecc. Ant. ed. Mühlenbr. II. 20 §. 4. 5. 7. p. 451. 452; die actio legis Aquiliae: Gaj. J. IV. 9. 171. vergl. II. 282. III. 127. 216. §. 1. J. de poena temer. litig. 4. 16. (hier sind die Worte: vel tripli, unächt; vergl. die Edit. v. Klenze und Böcking, p. 273. not. p.); §. 17. J. de action. 4. 6. L. 2. pr. L. 23. §. 10. L. 27. §. 5. D. ad leg. Aquit. 9. 2. L. 20. §. 4. D. de hered. pet. 5. 3. L. 4. C. de lege Aquilia 3. 35; der die Klage des sponsor wegen des in 6 Monaten nicht erstatteten depensum gleich steht: Gaj. J. IV. 22. —

10) Die oben Note 8. angeführten Fälle weisen indeß sämmtlich auf den Ursprung aus dem Nexum zurück, und daß bei der Haftung aus ihm bloßes Weigern oder Bestreiten an sich schon die poena dupli zur Folge hat, davon findet sich ein Zeugniß bei der Redhibition wegen Mängel: Cic., de orat. I. 39. de off. III. 16. L. 45. D. de aedil. ed. 21. 1. L. 31. §. 20. D. eod. Daß der nexus pro damnato gilt: Puchta, Instit. S. 85. 86; Huschke, a. a. O. S. 9 f. 50 f.; scheint dadurch genugsam nachgewiesen. — Die Lex Aquilia mag von dem Grundsatze ausgegangen sein, daß wegen des damnum injuria dare jeder Römer dem andern schon vermöge ihres commercium untereinander in die pecunia recipirt sei. Als eine bloß die Verhinderung des Läugnens bezweckende Strafe (z. B. Savigny, Syst. VII. S. 19. mit S. 14. 18) kann man diese poena dupli bei ihrer Beschränktheit auf gewisse Verhältnisse unmöglich betrachten.

11) Der legis actio per manus injectionem: Gaj. J. IV. 21—24. (vergl. Zimmern, a. a. O. §. 44. S. 124), wiewohl in Ansehung des Damnationslegats die Stelle bei Liv. VI. 14. nicht entscheidend ist. Wegen der Sigle a'qlia bei Gaj. J. IV. 21. haben mehrere die Bestimmung dieser Fälle der Lex Aquilia (v. J. d. St. 467 oder 573) zugeschrieben. Vergl. Sell, a. a. O. II. S. 45.

sie pönaler Natur sind, die bei anderen Pönalobligationen ipso jure eintretende Wirksamkeit des aufhebenden pactum hier nicht in gleicher Weise stattfindet.[12])

(Schluß im nächsten Heft.)

XVII.

Ueber Ausführung des Princips der Mündlichkeit im bürgerlichen Prozesse.

Von

Herrn **Gerau**,

Hofgerichtsrath in Darmstadt.

Die deutschrechtliche Form der schriftlichen Prozeßverhandlung, wenn gleich in mehreren Staaten, insbesondere im Großherzogthum Hessen, durch neuere verbessernde Gesetze zu

---

12) Pacto decidi non potest. Paul, R. S. I. 19. §. 2.; vergl. Francke, Tübing. krit. Zeitschr. IV. H. 1. S. 46 ff. C. Sell, in dessen Jahrb. II. S. 63. Bei der furti actio, wo, ebenso wie bei der injur. actio, ein Pacisciren mit dieser Wirkung möglich ist (oben §. 7. Note 2. 3.), geht die intentio der Formel auf eine pro fure damnum decidere oportere. Gaj. J. IV. 37; und wenn ein Sklave gestohlen hatte, war, abgesehen von der abweichenden Meinung einiger römischer Juristen, nur der bonae fidei possessor und nicht der dominus als solcher zur Einlassung auf die Noralklage gehalten (L. II. D. de nox. act. 9. 4. L. 12. C. de furtis 6. 2.). Beides vereint, deutet darauf hin, daß das furtum nicht eine unmittelbare Schuld des Thäters, sondern nur eine Nothwendigkeit, seine pecunia gegen den Anspruch des Bestohlnen zu defendiren, begründete. — Diese der Natur einer reinen Pönalklage durchaus entsprechende Auffassung, die ihr den Character der Sponsionsverhaftung verleiht (unten §. 13. Note 11 ff.), wurde indeß bei der zugleich reipersecutorischen aquilischen Klage nicht festgehalten, so daß durch das damnum injuria datum des Sclaven immer der dominus verhaftet wurde (L. 27. §. 3. D. ad leg. Aquil. 9. 2.), und der Sclave hier in der That eine Obligation zum dare, dem Träger einer pecunia gleich, begründete (im Resultate damit übereinstimmend: m. Identität S. 54. 55. Note 36). — Daß die Leistung bei Delictsobligationen ein praestare sei: Savigny, Syst. V. S. 598, paßt jedenfalls nicht für den letztern Fall.